

〔論 文〕

刑事施設における処遇と憲法 36 条の 残虐な刑罰の禁止について

—日本の判例と学説を中心に—

荻 野 太 司

The Treatment of Prisoners and the Prohibition of Cruel Punishment:
An analysis of Japanese judicial precedents and the theories underlying them

Hiroshi OGINO

This paper discusses the treatment of prisoners according to Article 36 of the Japanese Constitution. This article absolutely forbids the infliction of torture or cruelty by any public officer. Much of the debate of Article 36 has been exclusively focused on the death penalty. On the other hand, not only the death penalty, but various aspects of the Eighth Amendment to the United States Constitution, on which Article 36 was modeled, have been debated for years. Drawing on the American experience, this paper examines how Article 36 is interpreted and applied to the treatment of prisoners by Japanese courts, and points out a few theoretical problems discussing relevant case law.

Key words: prohibition against cruel punishment (残虐な刑罰の禁止), treatment of prisoner (受刑者の処遇), constitutional standard (合憲性審査基準)

はじめに

昭和 24 年 12 月 21 日最高裁判決（強盗殺人未遂・銃砲等所持禁止令違反被告事件）¹は、「既に現行制度における死刑それ自体が然りとすれば同様に現行制度における無期懲役刑そのものも亦残虐な刑罰といふ得ないことは一層当然」として、無期刑の残虐性について判断したリーディングケースである。その論理の特徴は、死刑との比較によって無期刑の残虐性を否定している点にある。

もしこの判決のように、ある刑罰が残虐であるか否かを、他の刑罰との比較によって判断する方法を採ると、その国の最高刑が残虐でない場合、当然それ以外の刑罰は一律に残虐でなくなることになる。果たしてこの方法は正しいのであろうか。

周知のように、これまで日本において判例のみならず学説も憲法 36 条論の射程は、主として死刑の

残虐性について集中してきた²。その理由には、上述したように、死刑の残虐性を証明しないと自由刑の残虐性を検討できないということが、あたかも所与であるかのように理解されてきたからである。しかし文言上、憲法 36 条は死刑に限定せず残虐な「刑罰」を禁じているに過ぎない。

死刑以外の刑罰に憲法 36 条を適用しうる可能性はもちろんのこと、憲法 36 条にいう残虐性の基準には、自由刑には自由刑の、財産刑には財産刑の刑罰の性質に合わせたものが存在する可能性も否定しえない。死刑に限らずとも、例えば適切な医療を提供しないことによって、たとえ自由刑であっても生命刑として結果的に機能してしまうケースは十分想定しうるのである。このような場合に、科せられた刑名が死刑でないことによって、憲法 36 条の適用を考えないのはあまりに謙抑的な解釈である。

そもそも憲法 36 条の母法であるアメリカ連邦憲

法の修正8条は、死刑事件に限らず刑罰のあらゆる局面に対して広く適用が検討されてきた。日本において監獄法がほぼ100年ぶりに改正されたいま、犯罪者の処遇が岐路にあることは疑いのないところである。この100年ぶりの法改正の時期に、いかなる処遇が許され許されないのかという指針を考えるうえで、法律を超えた、より上位の規範として憲法36条が果たす役割は、いまだからこそ大きい。

それゆえ本稿では、今後、刑事施設内の処遇への憲法36条の適用の是非を考えるにあたり、まずその嚆矢として、日本の裁判所において憲法36条が、これまで刑事施設内の処遇に対してどのように適用されてきたのか（あるいは、されてこなかったのか）ということを検討したい。これまでの裁判所の姿勢を把握することによって、当然その問題点が明確になり、その反省から新たな憲法36条論を模索することが可能になると考えるからである。

1 憲法36条論

まず上記の検討に先立って、死刑事件を含めた憲法36条論全体について概観する。周知のごとく大日本帝国憲法には、残虐な刑罰の禁止に関する規定はなく、旧刑法においても282条が拷問を禁止するのみであった。その後、現行刑法の195条2項に特別公務員暴行陵虐罪が規定され、「法令により拘禁された者を看守し又は護送する者が、その拘禁された者に対して暴行又は陵辱若しくは加虐の行為をしたとき」に罰せられるようになった。

しかし法律のレベルだけではなく、刑罰権の行使が公権力の行使である以上、憲法によってその行使が制限されねばならない。この要請を実現したのが、まさに憲法36条である。なお憲法36条は、刑事プロセスのなかで時間を隔てた拷問と刑罰を、同一の条文において規定している。その理由は、憲法36条が刑事制度全体への規範であるからと一般的には理解されている³。それゆえ、本稿では拷問については検討しないものの⁴、憲法36条後段の解釈については、刑事制度全体への規定として理解する。このように憲法36条後段の適用の可能性を広く考えるならば、5W1Hの観点から次のように論点を想

定しうる。それは、憲法36条は、④だれが、⑤いつ、⑥どこで、⑦なにを、⑧どのように、科した時に適用されるのかということである。

④の論点は、憲法36条の名宛人はだれかというものである。文言上、憲法36条の名宛人は公務員である。この公務員の内容に関しては二つの論点が派生する。一つは、立法権、行政権、司法権の三権のうちいずれが適用範囲になるかという論点であり⁵、もう一つは、官民協働によるPFI刑務所において「非権力的公務」に従事する民間事業者や診療所の管理委託によって派遣された医師やその他の医療従事者にも憲法36条を適用しうるかという論点である⁶。⑤の論点は、時系列的にみて刑事プロセスのどの段階まで、憲法36条を適用できるのかというものである。具体的に問題となるのは、前科や更生保護である。⑥の論点は、刑罰の執行場所の問題である。たとえば移送先の病院における処遇の在り方などが論点となりうる。⑦の論点は、刑罰類似の処分が残虐であった場合に憲法36条を適用しうるかどうかというものである。具体的には行政上の秩序罰、非行少年への保護処分、婦人補導院における処遇、心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律の強制入院等が論点として考えうるだろう。⑧の論点はいかなる形で刑罰を科した場合に、憲法36条に抵触するのかという論点である。当然文言上は、「残虐な」である。具体的にはどのような状態がその「残虐」となるのかということである。

以上の五つの論点のなかでも、これまで日本における論点の中心は、⑧の論点、つまり「残虐」の解釈論に集中してきた。本章では⑧の論点の判例と先行研究を、死刑に関するものとそれ以外の刑罰に関するものに分けて、それぞれ概観する。

（1）死刑事件における「残虐」の解釈について

今日にいたるまで、残虐性の解釈については、①刑罰それ自体の残虐性（刑罰の種類・性質の残虐性）、②刑罰の執行方法の残虐性、③罪刑の不均衡の残虐性の三つの観点から議論が行われてきた（それは死刑であっても死刑以外の刑罰であってもかわらない）。

本章では①と②の観点からの判例・研究を中心に検討し、③の罪刑の不均衡については扱わないこととする。その理由は、③は憲法14条の問題とするものや、憲法13条、31条の問題とするものがあること、判例・学説において独自の残虐性の基準が示されていないこと、罪刑の不均衡は主として立法権（行った犯罪に対して過重な刑罰を法定する）および司法権（法定刑の範囲内で、過重な刑罰を宣告する）の問題であるゆえ、本稿の主眼とする刑事施設内における処遇の局面とは離れるためである。また本章では、紙幅の関係上、本稿の論点に関連する判例と先行研究に限定して紹介する⁷。以下において①と②の観点について判例と先行研究をみていく。

① 死刑自体の残虐性

この点は、刑罰としての死刑の合憲性として議論されてきた。昭和23年6月23日最高裁判決⁸は、憲法36条にいう「残虐な刑罰」とは、「不必要な精神的、肉体的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰」であり、さらに「事実審の裁判官が、普通の刑を法律において許された範囲内で量定した場合において、それが被告人の側から観て過重の刑であるとしても、これももつて直ちに所論のごとく憲法にいわゆる『残虐な刑罰』と呼ぶことはできない」と判示し、死刑の残虐性を否定している。

これと同様に学説のなかには、「残虐とは、反文化的・反人道的なものであって、通常の間人情を持っている者に衝撃を与える種類のものをいう」⁹や、「憲法における刑罰の一般目的に照らして不必要な苦痛を伴う刑罰を意味する」¹⁰といったように、上記の判例に類似の解釈を導いているものもある。

しかし上記の判例・学説には、「刑罰の目的が憲法から一義的に導き出されるとはいえ」¹¹ないという批判や、また「残虐」は、「あまりに主観的な概念であり、『わいせつ』と同様、多数派の価値観を少数派に押しつける結果になりかねない。法に書きこむべき言葉ではない」¹²といったような、そもそも条文の文言上の問題が指摘されている。

② 死刑の執行方法の残虐性

この点は、死刑それ自体の残虐性ではなく、その死刑の執行方法である絞首刑の残虐性を問題とする

ものである。昭和23年3月12日最高裁判決（尊属殺・殺人・死体遺棄被告事件）¹³は、「死刑は、冒頭にも述べたようにまさに窮極の刑罰であり、また冷厳な刑罰ではあるが、刑罰としての死刑そのものが、一般に直ちに同条にいわゆる残虐な刑罰に該当するとは考えられない」と解し、先にあげた昭和23年6月23日最高裁判決と同様の立場を採りつつも、次のように死刑が憲法36条に抵触する基準を示しながら、絞首刑の違憲性を否定している。

それは、「死刑といえども、他の刑罰の場合におけると同様に、その執行の方法等がその時代と環境とにおいて人道上の見地から一般に残虐性を有するものと認められる場合には、勿論これを残虐な刑罰といわねばならぬから、将来若し死刑について火あぶり、はりつけ、さらし首、釜ゆでの刑のごとき残虐な執行方法を定める法律が制定されたとするならば、その法律こそは、まさに憲法第三十六条に違反するものというべき」であり、またさらに、「ある刑罰が残虐であるかどうかの判断は国民感情によって定まる問題である。而して国民感情は、時代とともに変遷することを免かれないのであるから、ある時代に残虐な刑罰でないと言われたものが、後の時代に反対に判断されることも在りうることである。したがって、国家の文化が高度に発達して正義と秩序を基調とする平和的社会が実現し、公共の福祉のために死刑の威嚇による犯罪の防止を必要と感ぜない時代に達したならば、死刑もまた残虐な刑罰として国民感情により否定されるにちがいない。かかる場合には、憲法第三十一条の解釈もおのずから制限されて、死刑は残虐な刑罰として憲法に違反するものとして、排除されることもあろう。しかし、今日はまだこのような時期に達したものとはいえない」という判断である。

ここにおいて示されている最高裁の絞首刑合憲判断の考え方を簡潔に整理すると、①刑罰の残虐性は執行方法に内在する、②残虐性の判断基準は「人道上の見地」と「国民感情」の二つである、③残虐性の観念は時代と環境によって変化する、④公共の福祉のためであれば死刑の威嚇による犯罪の防止は許される、ということになる。これらの考え方は、そ

の後の裁判所の死刑の合憲性判断に基本的に踏襲されている¹⁴。

他方、この裁判所の考えに対して学説は批判的なものが多い¹⁵。たとえば、長谷部恭男は同判決の補充意見に対して、「刑罰の残虐性を自分が科されることはないと思いこんでいる一般国民の感情によって決定してよいかという問題があるうえに、ある刑罰が残虐であると一般国民が思えば思うほど、その一般予防効果は大きい」¹⁶ というように「国民感情」の内容とそれを合憲性判断のために用いることの矛盾を指摘している。たしかに、長谷部の指摘するように、残虐であればあるほど犯罪予防効果は高い。残虐性の判断基準に「国民感情」を用いるのは論理的に矛盾するといえよう。むしろ「残虐性」の基準は、ある刑罰がどんなに予防効果を持っていたとしても、それが憲法上許されるか許されないかの判断に用いられるべきである¹⁷。

また平川宗信も、同判決の補充意見に対して次のように批判する¹⁸。それは、「本来、死刑が合憲か違憲かという問題は、個人の生命が憲法上どこまで保障されるかという、生命権すなわち人権の問題であるはずである。それが多数国民の感情・意見で決まる、すなわち「数」で決まるというのは妥当とは思えない」という主張である。平川によればそもそも「近代立憲民主主義においては、国民の意思は、まずもって憲法に客観的・制度的に表現されている。そして憲法に規定された基本的人権の原理・理念は多数決によっても否定しえないというのが基本的原則」であることから、「憲法の原理・理念こそが客観的意思であり、「国民意識・感情」は単なる主観的意見の集合にすぎ」ず、「憲法的見地からは、死刑存廃論の客観的基準・拠り所とはならないことは明らかである」と、「国民感情」を「世論」としてとらえている裁判所を批判している。

当然、この長谷部、平川の指摘は死刑の執行方法の問題に限ったことではない。執行方法のみならず、死刑自体、さらには刑事施設における被収容者の処遇の問題にもあてはまる。そして刑事施設における被収容者の処遇も、当然その多くが人権の問題に帰結する。その刑事施設内における人権問題が「多数

国民の感情・意見で決まる」のは、妥当とはいえない。

（２）死刑以外の刑罰と憲法 36 条

本節では、死刑以外の刑罰に憲法 36 条の適用を検討する判例の立場と先行研究について検討する。すでに述べたように、これまで憲法 36 条にいう「残虐性」の検討は死刑事件を中心に行われてきた。しかし、学説のなかにも必ずしも数は多くないものの死刑以外の刑罰への憲法 36 条の適用について検討するものがある。以下、死刑事件にならって①刑罰それ自体の残虐性②執行方法の残虐性の観点から先行研究についてみていく。

① 刑罰の種類・性質の残虐性

昭和 24 年 12 月 21 日最高裁判決にみたように、最高裁は死刑との比較によって無期刑の残虐性も否定（合憲説）している。学説も一般的には、判例と同様の趣旨で死刑以外の刑罰それ自体の残虐性について否定している¹⁹。他方、少数説を採る杉原泰雄は、残虐な刑罰について「憲法における刑罰目的一般に照らして不必要な苦痛を伴う刑罰」と解し、無期刑であっても「他の自由刑の排斥力・威嚇力を持って代替しうるか否かによって決定すべき」²⁰ と、条件付きで残虐性について肯定（違憲説）している。

② 死刑以外の刑罰の執行方法の残虐性

死刑以外の刑罰の執行方法の残虐性について、先にあげた昭和 23 年 3 月 12 日最高裁判決は、「死刑といえども、他の刑罰の場合におけると同様に、その執行の方法等がその時代と環境とにおいて人道上の見地から一般に残虐性を有するものと認められる場合には、勿論これを残虐な刑罰といわねばならぬ」（下線筆者）と解しているように、理論的には死刑以外の刑罰であっても残虐になりうることを認めている。

また同様に学説も、死刑以外の刑罰であっても執行方法によっては、理論的には残虐になりうることを認めている²¹。たとえば、法学協会編『注解日本国憲法上巻』は、「残虐刑の禁止は、ひとり立法および司法だけでなく、さらに行刑にも適用があると解しなくてはならない」ことから、「宣告された刑

が、そのものとしては残虐でなくても、その執行方法によって残虐性を帯びることがありうる。かような見地から、将来における監獄法改正にあたっては、現行法が受刑者に対する懲罰として規定している重塙禁や減食の制度も問題とされるべきである²²と述べている。

また小林直樹も、憲法 36 条が「立法権のみでなく、司法権にも——この場合にはさらに不均衡刑の禁止の意味をもつと解されよう——また、行刑作用にも——ここでは執行方法における残虐な方法の禁止になる——向けられると考えられる²³と解している。両者に共通するのは、憲法 36 条が行政権にも及ぶことを根拠に、死刑以外の刑罰であっても執行方法によって、理論的には残虐になりうることを認めている点である。このように憲法 36 条が行政権にも及ぶと考えれば、刑の執行方法にもその効力が及ぶと考えるのは当然の帰結であろう。

なお、『註解日本国憲法上巻』は、執行方法の具体的内容として監獄法上の「重塙禁や減食の制度」をあげている。現行の刑事施設被収容者処遇法にこの「重塙禁」と「減食」の制度は存在しないものの、当然『註解日本国憲法上巻』のように、刑罰の執行方法のすべてに憲法 36 条の適用が及ぶのか、または及ぶものと及ばないものがあるのか、適用範囲の具体的内容についても検討する必要がある。

この点に関してたとえば、佐藤幸治は、重塙禁や減食の制度等は、「かかる観点から問題とされるべき余地」があることを指摘しつつ、「無期懲役も（理論上無期懲役に限らないが）、収容される刑務所内の環境や執行方法如何によっては、「残虐な刑罰」になる場合がありうる」と「刑務所内の環境²⁴も適用範囲としている。

また幣原廣は「重塙禁」「減食」に加えて、「革手錠着用を含めた保護房への収容」や「厳正独居拘禁」も憲法 36 条違反となりうると主張する²⁵。特に「厳正独居拘禁」については、「刑務所長の裁量により行われており、ほとんどの場合が相当期間独居拘禁に処遇されているというその運用において」、憲法 36 条違反となりうると主張している。

さらに渋谷秀樹²⁶も、両者とは異なるが、死刑以

外の刑罰の執行方法への憲法 36 条の適用を認めている。渋谷は、「死刑以外の刑罰の確定した受刑者の処遇の問題も、この条文に係る。例えば、懲役刑として科される労務作業もその内容によっては、残虐な刑罰となりうるし、また懲罰として科される処遇も 18 条の問題であると同時に、本条の問題となる。在監者の各種の人権制約も本来はここで扱うべきものである」と解している。渋谷によれば「処遇の問題」も憲法 36 条の適用範囲となり、その具体的内容として「労務作業」をあげている。

（３）小括

以上みてきたように、憲法 36 条論は死刑事件を中心に行われてきたが、他方、死刑以外の刑罰についても議論がなかったわけではない。理論的には、判例も学説も憲法 36 条が、死刑以外の刑罰の執行方法にも及ぶことを否定していない。また、見解に相違はあるものの、学説のなかには憲法 36 条の効力の及ぶ執行方法の内容まで検討しているものがある点は、特筆すべきであろう。

しかし死刑事件では、判例で示された合憲性の判断基準の検討が学説において行われてきたにもかかわらず、死刑以外の刑罰においてはこの検討が全く行われてこなかった。判例も理論的には憲法 36 条が死刑以外の刑罰にも適用しうることを認めている以上、今後の検討課題は、実際に裁判所が憲法 36 条を死刑以外の刑罰の事件に、いかなる残虐性の基準を用いてどのように適用してきたのか（もしくは、してこなかったのか）ということの検討である。特に死刑事件において示された、二つの判断基準（昭和 23 年 6 月 23 日最高裁判決の「不必要な精神的、肉体的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰」、昭和 23 年 3 月 12 日最高裁判決の「人道上の見地と国民感情に反する刑罰」）が、死刑以外の刑罰にも妥当しうるか（妥当しない場合、いかなる基準が望ましいのか）という検討であろう。この点はまさにこれまで看過されてきた点である。そこで、本稿では次に、死刑以外の刑罰のなかでも刑事施設の被収容者の処遇に関連する事件に対して、憲法 36 条がいかに適用されてきたのかを整理、検討する。

2 刑事施設における処遇と憲法 36 条に関する判例の分析

(1) 総説

本稿で検討対象とする判例は、昭和 22 年の日本国憲法の施行から平成 25 年 11 月 20 日までの間に、未決、既決を問わず刑事施設での処遇が憲法 36 条に抵触するか否かが争われたものである²⁷。無期刑の残虐性を争った事例については、その後の判例においても判決の論理（死刑との比較で無期刑の合憲性を導く）が変更していないので取上げていない。また逆に、死刑事件であっても、死刑囚の拘置中の処遇に関連するものは取上げている²⁸。

なお、分析を行った判例は 23 件で、審級別にみると地裁判決が 19 件、高裁判決が 4 件である。内容的にみると懲罰に関するものが 14 件、医療に関するものが 3 件、保護室（房）収容に関するものが 2 件、その他が 4 件である。被収容者の種々の権利制限に結びつくために懲罰に関するものが訴訟となりやすいことがうかがえる。また年代別にみると、昭和 22 年－30 年が 0 件、昭和 31 年－40 年が 1 件、昭和 41 年－50 年が 2 件、昭和 51 年－60 年が 5 件、昭和 61 年－64 年が 3 件、平成元年－10 年が 3 件、平成 11 年－20 年が 8 件、平成 21 年以降が 1 件であり、年々増加傾向にある。

以下において、内容ごと（大分類）に判例をみる。なお、繰り返しになるが本稿の関心はあくまで残虐性の判断基準なので、判例のなかでも憲法 36 条に関して言及のあるもののみ、そして言及のある箇所についてのみ取上げている。それゆえ本稿では、判例中において用いられている残虐性の判断基準ごと（小分類）にも分類を行っている。

(2) 判例の分析

① 懲罰

懲罰に関するものはもっとも数が多い。そこで判決の残虐性の判断基準ごとに分けてみる。判決に用いられている判断基準は、(a) 昭和 23 年 6 月 30 日最高裁判決の「不必要な精神的、肉体的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰」を論拠とす

るもの、(b) 刑罰、懲罰の目的（規律・秩序の維持）に照らして判断するもの、(c) (a) と (b) の双方を判断基準とするもの、(d) 残虐性の判断基準を示していないものの四つである。(a)－(d) の判断基準ごとに判例を紹介する。

(a) 昭和 23 年 6 月 30 日最高裁判決の「不必要な精神的、肉体的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰」を判断基準とするもの

この類型としてあげるのは、昭和 36 年 10 月 21 日津地裁判決（図書閲読禁止処分等取消請求事件）と平成 12 年 8 月 25 日札幌地裁判決（損害賠償請求事件）である。

前者の昭和 36 年 10 月 21 日津地裁判決は、「受刑者に対し、監獄法 60 条により 15 日間の軽屏禁を決定し、同時にその執行期間中戸外運動および入浴を禁止する旨の処分がなされた場合において、右禁止処分は、当該受罰者が人間としての健康を保持するに必要な最低限度の戸外運動および入浴を侵害する刑罰の執行方法として、憲法 36 条にいう「残虐な刑罰」に該当するというべき」かどうか争われた事例である。本事例において原告は「戸外運動及び入浴を禁止する被告の処分は、監獄法第 38 条、第 60 条等の監獄法規に違反するのみならず、原告の健康な生活を営む権利（憲法第 25 条）を侵害し、刑罰としての残虐性を帯びる（同法第 36 条）違憲の処分である」と主張したのに対して、裁判所は次のように判断している。

それは、「憲法第 36 条は残虐な刑罰を絶対に禁止しているが、そこにいう「残虐な刑罰」とは「不必要な精神的肉体的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰」、つまり反人道的な刑罰をいい、しかも刑罰そのものとしては残虐なものでなくても執行方法が残虐であれば、それによって「残虐の刑罰」となりうるものと解される。とすれば、右にみたように被告の前記処分に反人道的性格がみとめられ、しかも、その処分が懲役刑の執行としてなされているのであるから、懲役刑そのものに残虐性はなくともその執行としての右処分は、憲法第 36 条にいう「残虐な刑罰」に該当するものというべく、したがって、被告が原告に対してした軽屏禁執行期間

中戸外運動及び入浴を禁止する旨の各処分は、憲法第36条に違反する処分といわねばならない」(下線筆者)というものである。

後者の平成12年8月25日札幌地裁判決(損害賠償請求事件)は、「取調べ、懲罰、保安上及び休養のため長期に及んだ昼夜間独居拘禁が、監獄法施行規則26条、憲法13条、14条、18条、31条、36条、市民的及び政治的権利に関する国際規約7条及び10条に違反」するかが争われた事例である。

この事例において、原告は憲法36条の論点に関して、「本件独居拘禁は、(1)原告に椎間板ヘルニア及び狭心症の持病があったにもかかわらずされたもので、在監者の精神又は身体に害があると認められる場合の独居拘禁を禁じる監獄法施行規則二六条に違反するのみならず、—中略—(5)原告に対する刑の執行のために不必要な精神的肉体的苦痛を加える点で、憲法36条の残虐な刑罰の禁止規定に、—中略—違反する違法な行為である」と主張したのに対して、裁判所は、「本件独居拘禁が、原告に対し、刑の執行のために不必要な精神的肉体的苦痛を加えたとまで認めることはできないから、右主張には理由がない」(下線筆者)と訴えを退けている。

両者の判決とも、昭和23年6月30日最高裁判決において示された「残虐な刑罰」とは「不必要な精神的、肉体的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰」であるという基準を用いている。しかし結論は、前者は被収容者が勝訴し、後者は被収容者が敗訴となり逆になっている。同じ基準(小前提)を用いたが、事実(大前提)の評価が異なったといえる。

(b) 刑罰、懲罰の目的(規律・秩序の維持)に照らして判断するもの²⁹

次に、刑罰、懲罰の目的(規律・秩序の維持)に照らして残虐性を判断した、平成11年4月13日旭川地裁判決(損害賠償請求事件)についてみる。

この旭川地裁判決は、「13年2か月にわたる昼夜間独居拘禁が憲法18条、36条、市民的及び政治的権利に関する国際規約(B規約)7条、10条」に違反するものかが争われた事例である。本事例において原告は、「本件第1次独居拘禁の具体的な処遇内

容は、前記のとおり過酷なものであり、このように過酷な昼夜間独居拘禁を約13年2か月にもわたって継続するのは、本来社会的存在である人間としてのあり方とはかけ離れた不自然な生活を長期にわたって継続し、受刑者の心身に重大な影響を与えるとともに、行刑の目的である社会生活への適応をも著しく阻害するものであるから、憲法18条(奴隷的拘束の禁止)及び36条(残虐な刑罰の禁止)にも違反し、違法である」と主張した。

これに対し裁判所は、まず「憲法は、国家の刑罰権の行使として、受刑者を拘禁して一定の作業を科すことにより、犯罪に対する報復を遂げて正義の実現に寄与するとともに、受刑者を社会から隔離して一般社会を防衛し、かつ、受刑者の教化改善を図って、その社会生活への適応性を回復・増進するという懲役刑の拘禁目的を達成するために受刑者の自由を必要かつ合理的な範囲内で制約することを容認」し、この「拘禁目的を達成するためには、監獄の規律及び秩序が維持されていることが当然の前提であるから、憲法は、監獄の規律及び秩序を維持するために必要かつ合理的な範囲内で、受刑者を独居拘禁に付し、必要があればこれを更新継続していくことを許容している」と解する。

そして、原告が受けた処遇内容が「刑罰制度の執行に必然的に伴う範囲内のもの」であり、「本件第1次独居拘禁の継続が約13年2か月の長期にわたったとしても、それは監獄の規律及び秩序を維持するために必要かつ合理的な範囲内のものであって、憲法18条にいう奴隷的拘束又は憲法36条にいう残虐な刑罰に該当するものということとはできず、この点に関する原告の憲法違反の主張は理由がない」(下線筆者)と原告の訴えを棄却している。

(c) (a)と(b)の双方を判断基準とするもの³⁰

昭和54年2月2日大阪地裁判決(作業賞与削減処分取消請求事件)における原告の憲法36条に関連する主張は、「軽扉禁懲罰の期間中、被告所長は原告に対し、午前9時、同10時、同11時、午後1時、同3時、同4時から各30分間ごぞの上に両ひざを密着させて正座することを課した」ことが「軽扉禁懲罰の執行は体罰に相当し、残虐な刑罰を禁止した

憲法 36 条に違反する」というものである。

これに対して裁判所は、まず前提として「懲罰は、紀律に違反した者に対して不利益な制裁を科すことによつて刑務所の秩序を維持しようとするものであるから、これが一般受刑者よりもある程度の精神的肉体的苦痛を与えるものであつてもやむを得ない」ことを認める。そして残虐性の判断基準を、「もとよりそれは、懲罰の目的に照らし、必要かつ合理的な範囲でのみ許されるものであり、不必要な苦痛を与えることを内容とし、人道上残酷と認められるようなものであつてはならないことは、憲法 36 条からしても当然である。そして、このことは、軽屏禁懲罰の執行方法についても等しく妥当するものというべきであり、それが必要以上に苦痛を課し、人道上の見地からみても残酷と認められるような場合は違憲となるというべきである」(下線筆者)と解する。

つまり裁判所は、「懲罰の目的に照らし、必要かつ合理的な範囲でのみ許され」、「不必要な苦痛を与えることを内容とし、人道上残酷と認められるようなものであつてはならない」という二つの残虐性の判断基準を用い、その結果、原告への懲罰を次のように評価した。

それは、「これを本件正座についてみると、なるほど正座は多少なりとも苦痛を伴うものであり、またこれを行なう時間と場所によつては著しい苦痛を与えるものであることは経験則上明らかであるが、軽屏禁懲罰が受罰者を罰房に独居拘禁させ、ひたすら反省自戒の毎日を送らせることを目的とするものであることに照らすと、これを実効あらしめるため、前記認定程度の正座を課し、反省を促すこととしたとしても、未だこれをもつて不必要な苦痛を課したものとまでは認められず、もとより人道上残酷なものともいえない」というものである。

(d) 残虐性の判断基準を示していないもの³¹

昭和 61 年 7 月 28 日徳島地裁判決(損害賠償請求事件)は³²、「保護房拘禁及び軽屏禁執行に伴つて 155 日間連続して戸外の運動を停止した措置と、昼夜間独居拘禁について、保護房拘禁と軽屏禁罰の繰り返し避けられないとの予見が可能となつた段階で別個の対処をとるべきであり、漫然と継続するこ

との違法性」について争われた事例である。

原告は、「A 刑務所に移送収監された昭和 53 年 1 月 19 日以来昭和 59 年 9 月末日までの間 6 年半の長期間にわたり、右特房及び保護房において独居拘禁されて」おり、「このような長期にわたる独居拘禁は憲法 36 条で禁じられた「残虐な刑罰」に該当する」と主張する。

その理由は、「昼夜を通じての独居拘禁は、その長所として他の受刑者からの悪影響を避けて反省の機会を与えることにあるとされるが、反面、それが長期に及ぶときは受刑者を心身ともに疲憊させ、受刑者に与える苦痛が大きく、改善にも有害であることは周知の事実であり、昼間雑居・夜間独居の建前が望ましいこと」であり、それゆえ「たとえ懲罰や保護を目的として昼夜間独居拘禁がなされる場合においても、それが不当に長期にわたり、受刑者に不必要な苦痛を与える場合は、右の独居拘禁の執行は憲法 36 条にいう「残虐な刑罰」に該当するといわなければならない」(下線筆者)と主張する。

この原告の「不当に長期にわたり、受刑者に不必要な苦痛を与える場合は」に残虐な刑罰に該当するという残虐性の判断基準は、昭和 23 年 6 月 30 日最高裁判決の基準に依拠していると解せられる。これに対して裁判所は、次のように判示している。それは、「原告に対する戸外運動の長期にわたる停止が避けられなかったと認めるに足る特別の事情があったとは認められない。もちろん、原告は A 刑務所に移送以来前記のような規律違反行為を執拗に反復継続し、看守に対する反抗的態度をあらわにするという異例な類型に属する受刑者であったから、A 刑務所長としても、受刑者の処遇や規律の維持についての専門家としての立場から、そのあるべき処遇の検討に一定の期間を要したことは当然である。しかしながら、その点を考慮にいれても、遅くとも移送以来二か月を経過した時点では、原告に対する運動の一切の停止を一定の範囲で解除し、もしくは解除する試みをなすべきであったといわねばならない。したがって、右の 2 か月を超えて 155 日間の長期にわたって戸外運動を停止し、かつ、この間一度も戸外運動実施の試みをしなかった A 刑務所長の措置は、

合理的裁量の範囲を逸脱した違法な措置であったといわざるを得ない」というものである。

この徳島地裁判決は、原告の訴えが認められた数少ない事例である。しかし憲法 36 条には全く言及せず、刑務所長の裁量権の逸脱を理由に原告の訴えを認めている。この点については後述する。

② 医療³³

刑事施設内の医療に関する問題が憲法 36 条に抵触するとして争われた事例について、次の二つの判決について紹介する。

最初の平成 16 年 1 月 22 日東京地裁判決³⁴は、「未決勾留中の被告人が脳梗塞を発症して重大な後遺障害が生じたことについて、血栓溶解療法が行われていればそれ程の後遺障害が生じなかった可能性があり、その可能性を奪ったとして、国の転医義務違反が認められた」事例である。

本事例では、直接的な医療の内容の問題ではないものの、未決勾留中で危篤状態であった原告に対して移送先の病院で手錠をかけたことが、憲法 36 条にいう残虐な刑罰に当たるかが争われている。原告は「東京拘置所の職員が、日本医科大学附属病院において、開頭減圧手術後の原告二郎に対し、手錠をかけたことは、「勾留の目的」を達成するために必要な限度を超えた過剰な苦痛ないし人権の制約であって、原告二郎の人権を侵害し、憲法 31 条の要請する「適正な」内容をもった法律（デュー・プロセス）による人権の制約とはいえず、憲法 36 条の「残虐な刑罰」又は「拷問」にあたる上、危篤状態でありながら手錠までかけられた息子の姿を見せつけられた原告太郎に対する違法行為でもあることは明白である」と主張した。

これに対して東京地裁は、開頭減圧手術後、原告二郎には本件後、後遺障害が残っていることから判断して、原告二郎に「逃走、暴行若クハ自殺ノ虞」（監獄法 19 条）があったことは疑問であり、東京拘置所の職員は、原告二郎が「監外ニ在ル」（監獄法 19 条）ために手錠をかけたものと推認され、そして「このような対応はいささか杓子定規の感を免れないが、手錠をかけるか否かの判断において、拘置所の職員に臨機応変な法解釈を求めることが適当で

あるとは一概にはいえないし、前記のとおり、東京拘置所の職員は、日本医科大学附属病院の医師の許可を得て、手錠をかけており、手錠をかけることが原告二郎の症状に悪影響を及ぼしたと認めるに足りる証拠もないから、東京拘置所の職員が監獄法 19 条に従って原告二郎に手錠をかけた行為が原告らに対する関係で違法性を有すると認めることはできない」と判断している。

次の平成 19 年 7 月 12 日東京地裁判決は、原告が「懲役刑受刑中、刑務所職員から、暴言、暴行、適切な医療措置を取らない、被告を訴えるために準備中の書類等を訴訟妨害目的で没収するなどの違法行為を受けたため、肉体的精神的苦痛を被った」と主張した事例である。原告は特に医療の論点に関して、「被収容者に対して速やかな医療措置を講じる責任を負う被告は、痛みを訴える原告に対して「痛くても我慢しろ。」と指示し、21 日間も何らの医療措置を講じることなく、その間原告を懲罰房に拘禁することによって加重して苦痛を強要した。これは、憲法 18 条、36 条、拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する条約 1 条に違反する。また、医学倫理原則の原則 1 にも違反する。自主的に緩和措置として首の下に衣類を敷くことを禁じ、痛い枕を強い、処分を下し、医療措置をせず放置するのは拷問といわざるを得ない」と主張したのに対して、次のように判示し原告の訴えを退けている（請求棄却）。

それは「同年 8 月 4 日の H 医師による診察までの経過及び同医師による診察内容によれば、7 月 20 日の調室での出来事の結果原告が診療を必要とするような精神疾患に陥ったことはなかったと認めることができる。そうすると、原告から願せんの提出があった後直ちに医師の診察を受けさせなかった刑務所当局の対応が不適切なものであったということとはできない。また、同年 8 月 4 日の H 医師による診察にも不適切なところがあったとは認められない」というものである。

上記いずれの判決も、原告の憲法 36 条違反であるという訴えに対して、裁判所は先例の基準を提示しあてはめることはおろか、憲法 36 条に言及すら

していない。

③ 保護室（房）³⁵ への収容

保護室への収容が憲法 36 条に抵触するとして争われた事例では、いずれも被収容者が、保護室の収容の現状が過酷であると主張している。しかし、いずれも被収容者が敗訴している。

たとえば、昭和 62 年 2 月 18 日横浜地裁判決（損害賠償請求事件）³⁶ では、保護室への収容の実態が、「保護の美名の下に行われている肉体的、精神的拷問にほかならないことが明白であるから、それ自体憲法 36 条に違反する」との原告の訴えに対して、横浜地裁は「刑事被告人が独居房に拘禁されること自体、著しい肉体的、精神的苦痛を伴うものであることは自明」としつつも、「独居房に拘禁すること自体は憲法の予定しているところということができる（憲法 31 条、34 条参照）から、刑事被告人を保護房に拘禁することをもって憲法 36 条に違反するものとはいえない」と、憲法 36 条に言及せずに訴えを退けている。

また、平成 10 年 1 月 21 日東京高裁判決（損害賠償請求事件）³⁷ では、保護室に拘禁し続けた「保安課長の保護房拘禁継続の必要性に関する判断」が、「委ねられた裁量権の範囲を超え、又はその濫用」があったこと、「保護房拘禁措置が、戒護のための独居拘禁措置とは関係のない目的や動機に基づいてなされた等、本件刑務所長に委ねられた裁量権の範囲を超え、又はその濫用があった」との原告（控訴人）の主張に対して、これらを「判断すべき事情を認めるに足る証拠は」なく、「控訴人甲野に対する保護房拘禁措置が「何人も、いかなる奴隷的拘束を受けない」ことを保障した憲法 18 条、あるいは拷問を禁止した憲法 36 条、更には「すべて国民は、個人として尊重される」ことを保障した憲法 13 条に反するものとも認められない」と判断している。

いずれの判決においても、保護室への収容と憲法 36 条の論点について独自の判断基準を示すことはおろか、従来の判断基準を用いても判断していない。

④ その他

（a）昭和 23 年 6 月 30 日最高裁判決の「不必要な精神的、肉体的苦痛を内容とする人道上残酷

と認められる刑罰」を論拠とするもの

・弁護士との接見が許可されなかった事例

平成 15 年 3 月 27 日広島地裁判決（損害賠償請求事件）は、弁護士会と担当弁護士が「刑務所内での受刑者の人権侵害行為の有無を調査するための受刑者との面会を不当に拒まれたとして、国を相手に起こした損害賠償請求事件において、面会を不許可とした刑務所長の判断には裁量権の逸脱、濫用の違法がある」と主張した事例である。

本事例において憲法 36 条の論点について原告は、「憲法 36 条は、残虐な刑罰を絶対的に禁止している。したがって、懲役刑の執行の中身についても、それが残虐なものであってはならないことは当然」であるとしながら、「しかしながら、監獄法 45 条 2 項は、刑務所長に広範な裁量権を認め、その結果、受刑者と非親族との接見は、ごく例外的場合を除いてはほとんど認められない状態」となっており、「このような状態のもとでは、受刑者は、たとえ接見を認めることに実際上の不都合が考えられないような場合であっても、会いたい者に会えないという精神的苦痛」を受けていることを指摘する。そして、「面会の自由が人の人格的生存に不可欠な権利であることからすれば、かかる制約によって被る精神的苦痛あるいは不利益は計り知れないものがあるというべき」であり、また、「このような制約は、刑法 12 条に定める懲役刑の内容（すなわち、監獄への拘置及び刑務作業）を超える制約を受刑者に課し、人格的自由を不当に制限するもの」であり、そのような「監獄法 45 条 2 項は、懲役刑に本来的には不必要な精神的苦痛を与えることを内容とするものであって、そのような状態のもとで執行される懲役刑は、「残虐な刑罰」に該当するものというべき」（下線筆者）であり、「したがって、監獄法 45 条 2 項は、憲法 36 条に違反し無効というべきである」と主張している。

これに対して裁判所は、「「残虐な刑罰」とは、不必要な精神的、肉体的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰を意味する」（下線筆者）と解釈し、「しかるに、受刑者の面会の自由に対する制限が、懲役刑の目的に照らし必要なものであることは前記のとおりであるから、監獄法 45 条 2 項が受刑者に

対し不必要な精神的苦痛を与えるものとはいえず、また「受刑者が非親族との面会を原則として禁止されるということが、現代の社会観念に照らし、人道上許すべからざる残虐性を有するとはいえないというべきである」として原告の訴えを退けている。

この点についてはさらに、この判決の控訴審である平成 17 年 10 月 26 日広島高裁判決（損害賠償請求控訴事件）でも争われている³⁸。原告が、「面会の自由が人の人格的生存にとって重要な意味を持つことに照らすと、受刑者が非親族との接見を原則として禁止されるという法制度が、受刑者本人に対し不必要な精神的苦痛を与えるものであることは明らかである」と主張したのに対して、裁判所は「監獄法四五条二項は受刑者に対し不必要に受刑者の接見の自由を制限するものではなく、また、不必要な精神的苦痛を与えるものともいえないことから、残虐な刑罰に該当しない」と、憲法 36 条の論点については原審と同様の論理で原告の訴えを退けている。

・作業賞与金計算規定に関する事例

続いて昭和 52 年 1 月 19 日札幌地裁判決（岩見沢支部、不当利得金返還請求事件）についてみる。この事例において、原告は「刑務所において自由を拘束する以外に八時間労働をさせたうえ、例え刑務所内において衣食住を保障しているといっても、その一日の労働の対価がわずか三〇円にも満たないという受刑者の刑務所内の生活は、受刑者に無用の財産的苦痛を与えるものであり、憲法 36 条の禁じる残虐な刑罰に該当するから、前記作業賞与金計算規定は右憲法の条文にも反する」と主張したのに対して、裁判所は以下のように、原告の訴えを退けている。

それは「原告は、刑務作業に対し支給される金員である作業賞与金が低額であることは懲役受刑者に無用の財産的苦痛を与えるものであり、憲法 36 条に違反するというが、憲法 36 条にいう残虐な刑罰とは、不必要な精神的、肉体的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰を意味する（最高裁判所大法廷昭和二三年六月三〇日判決、刑集二卷七号七七七頁等）」のであり、仮に作業賞与金が低額であるとしても、懲役刑の執行は同条項にいう残虐な刑罰には当たらないものと解される」（下線筆者）という判

断である。

（b）刑罰、懲罰の目的（規律・秩序の維持）に照らして判断するもの

・戒具として防声具及び鎮静衣に関する事例

平成 21 年 2 月 18 日大阪地裁判決（損害賠償請求事件）は、「戒具として防声具及び鎮静衣を定めた被疑者留置規則 20 条の 2 第 1 項は、留置施設内の規律及び秩序の維持のため必要かつ合理的な範囲内において被使用者の発声及び身体の自由を制限するものであり、憲法 18 条又は 36 条に違反」するかが争われた事例である。

原告の主張は、「防声具及び鎮静衣は、いずれも、被使用者の生命・身体に対して極めて大きな危険を及ぼす戒具で」あり、「被疑者留置規則 20 条の 2 第 1 項は、看守者が、留置場内において、留置人に対して防声具及び鎮静衣を使用することを認めている」が、しかし「防声具は口を塞ぎ言葉をまともに発することができない状態にし、鎮静衣は直立不動で手足の自由がきかない状態におくものであるから、防声具及び鎮静衣を使用することは、憲法で禁止された被使用者に対する奴隷的拘束又は公務員による拷問に当たるといべきであり」、同項は、「憲法 18 条及び 36 条に違反し、警察法 12 条及び同法施行令 13 条の委任の範囲を超える無効な規定である」というものである。

これに対する裁判所の判断は、「戒具の使用は、留置場における規律及び秩序の維持という合理的目的のために必要な範囲でされるものであるから、憲法 18 条の「奴隷的拘束」、同 36 条の「拷問」、自由権規約 7 条の「拷問又は残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰」及び拷問等禁止条約 1 条 1 項の「拷問」のいずれにも該当しない」（下線筆者）というものであった。

つまり裁判所は防声具及び鎮静衣という制度の合理的目的に照らして符合するゆえに合憲であるという判断を行っている。

3 検 討

（1）認容率について

以上、刑事施設における処遇について憲法 36 条

違反が問われた判例を検討してきた。これらの判例の第一の特徴は認容率の低さである。本稿が分析の対象とした事例のなかで、原告の訴えが一部でも認容された事例は4件である。しかし、憲法36条の論点について明示的に認容したものは、昭和36年10月21日津地裁判決のみである。昭和61年7月28日徳島地裁判決は原告の憲法36条違反の訴えを実質的に認めているが、裁判所は憲法36条に全く言及せずに結論を導いている。

つまり認容率が非常に低いうえに、裁判所はたとえ認容したとしても憲法36条に言及したがない。この現状は、憲法36条が、刑事施設内の処遇の文脈では、被収容者の人権を保障するための機能ではなく、刑事施設側の処遇が合憲であることを承認するための機能しか果たしていないことを示している。

また繰り返し述べているように、本稿が対象とした判例は刑事施設内の処遇に関する判例のなかでも、憲法36条に言及のあるものだけであり、むしろ憲法36条に言及しない判例の方が多い。つまり原告も裁判所も憲法36条を有効なツールとして認識していない。これは、ほとんどの事例において憲法36条が引用されている死刑事件と対照的である。

（２）残虐性の判断基準

本稿が分析の対象とした事例において、裁判所によってもっとも好まれた残虐性の判断基準は、刑罰、懲罰の目的（規律・秩序の維持）に照らして残虐性を判断する基準であった。たとえば本文で示した平成11年4月13日旭川地裁判決（損害賠償請求事件）では「拘禁目的を達成するためには」、監獄法において規定されている「監獄の規律及び秩序が維持されていることが当然の前提」であるから、それゆえ「憲法は、監獄の規律及び秩序を維持するために必要かつ合理的な範囲内で、受刑者を独居拘禁に付し、必要があればこれを更新継続していくことを許容している」と解していた。

つまり裁判所のこの論理は、憲法が許容する範囲を、下位法である監獄法に規定されている「監獄の規律及び秩序」を維持するために必要かつ合理的な範囲内にとらえることである。しかし、いうなれば

この手法は下位法（監獄法）の規定から上位法（憲法36条の残虐性）の内容を導くことになり、適当ではない。

次いで裁判所によって用いられることが多かった基準は、「不必要な精神的、肉体的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰」を「残虐な刑罰」とする昭和23年6月30日最高裁判決の判断基準であった。対照的に、死刑に関連する事例においてもっとも引用されてきた昭和23年3月12日最高裁判決は、全く引用されていなかった。裁判所は、残虐性の基準を死刑事件と非死刑事件で、意図的に使い分けているものと思われる。

昭和23年6月30日最高裁判決も昭和23年3月12日最高裁判決も、ともに死刑事件であるにもかかわらず、同じ死刑事件のなかで示された基準が、一方は死刑事件に、もう一方は非死刑事件に用いられるようになったのは非常に興味深い。裁判所は必ずしもその理由について明らかにしていない。しかし昭和23年3月12日最高裁判決が掲げる基準（「国民感情」が、ある刑罰を残酷であると考えれば、その刑罰は憲法36条に抵触するという基準）を用いても、極刑である死刑（執行方法を含めて）が憲法36条違反でないとすると、その他の刑罰は当然抵触しないものとするのもやむをえない。なぜなら「国民感情」が、命を奪う死刑を許容しうらば、当然、刑事施設内の処遇を残酷と考える可能性は低いからである。

他方、昭和23年6月30日最高裁判決が掲げる「不必要な精神的、肉体的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰」の判断基準は、刑罰ごとの「不必要な精神的、肉体的苦痛」を柔軟に想定するゆえに、原告、裁判所の双方にとって使いやすい基準であるといえよう。しかし、なにが必要な苦痛で不必要な苦痛かは、「刑罰の目的」と同じように「憲法から一義的に導き出されるとはいえ」³⁹ ず、やはり下位法からその内容を導くということになりかねない。

またこれまで、死刑事件に比べて判断基準が統一的に適用されてきたわけではない。刑事施設の処遇の内容ごとに分析を行ったが、各内容でも判断基準

にばらつきがあった。判断基準（小前提）がばらついているので、原告が主張する刑事施設内の処遇（大前提）の評価の客観性が担保されているとはいえない。

おわりに

すでにアメリカ連邦憲法修正 8 条が憲法 36 条の母法であることは述べた。アメリカの最高裁判所は、この修正 8 条が刑事施設医療の局面において抵触する場合として次のように基準を掲げている⁴⁰。それは、刑事施設の当局者が、被収容者の「深刻な医療的必要性への意図的な無関心（deliberate indifference to serious medical needs）」を払ったときに、修正 8 条に抵触するというものである。この「意図的な無関心」の基準は、リーディングケースである *Estelle v. Gamble* 事件において示された後も、基本的に裁判所によって踏襲されている。この基準に対しては、認容率は低いまであり、被収容者の人権保障に役立っていないといった批判が存在する⁴¹。

しかし修正 8 条の残虐性の判断基準は、医療という刑事施設内の特定の領域において基準の統一化が図られていることは間違いない。そしてそのことが、裁判所の判断の客観性担保に寄与するところも大きいはずである。監獄法がほぼ 100 年ぶりに改正された現在、刑事施設内における被収容者の適切な処遇を担保するための基準が求められている。その基準として憲法 36 条の果たす役割は、比較法研究の観点からの示唆によれば、決して小さくない。今後、死刑事件を超えて憲法 36 条論を深化させていくことが、日本においても必要であることを指摘しておく。

注

- 1 刑集 3 巻 12 号 2048 頁。この評釈に、草野豹一郎「無期懲役刑の合憲性」刑法雑誌第 2 巻 1 号（1951 年）、市川秀雄「無期刑と日本国憲法」法学新報第 59 巻 3 号（1952 年）参照のこと。
- 2 この点について、佐藤元治「刑事拘禁における拷問および残虐、非人道的処遇等の禁止・防止」法律時報 84 巻 5 号（2012 年）は、「憲法制定以来、現在に

至るまで憲法 36 条に関する議論といえば、既存の刑罰制度、とりわけ死刑が残虐な刑罰であるかどうかというものの以外ほとんどなされてこなかった。そして、その一因として、憲法 36 条がともすれば、過去に拷問が乱用されたことの反省を踏まえた単なる宣言的な規定としてとらえられ、憲法 36 条の持つ意義というものが必ずしも十分に理解されてこなかったということも否めないのではなかろうか」と批判している。

- 3 野中俊彦他『憲法 I 〔第 5 版〕』（有斐閣、2012 年）436 頁（高橋和之担当箇所）。
- 4 本稿では「拷問」を、佐藤幸治『憲法〔第 3 版〕』（青林書院、1995 年）597 頁にしたがい、「被疑者や被告人から自白を得るために肉体的・生理的苦痛を与えること」と解する。しかし、本稿で扱う判例のなかには、未決段階に「自白」を得る目的で行っていない保護室への収容や防声具及び鎮静衣であっても「拷問」と呼んでいるものがある。しかしそれらはむしろ、未決段階であっても処遇と関連すると解されるので、本稿では検討の対象としている。
- 5 なお学説を整理すると（i）明白な言及のないもの、（ii）三権すべてに適用されるとするもの、（iii）立法権と司法権に及ぶとするものに分類される。（ii）の研究には、法学協会編『註解日本国憲法上巻』（有斐閣、1953 年）637 頁、伊藤正己『憲法入門』（有斐閣、1966 年）1967 頁、小林直樹『〔新版〕憲法講義（上）』（東京大学出版会、1980 年）486 頁、大石義雄『増補 憲法逐条講義』（嵯峨野書院、1981 年）、伊藤公一『憲法概要〔改訂版〕』（法律文化社、1983 年）88 頁、阿部照哉『憲法〔改訂〕』（青林書院、1991 年）147 頁、伊藤正己『憲法〔第 3 版〕』（弘文堂、1995 年）344 頁、憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』（日本評論社、1997 年）340 頁（幣原廣担当箇所）を、（iii）の研究には、清宮四郎『全訂憲法要論』（法文社、1961 年）130 頁、宮澤俊義『憲法 II 〔新版〕』（有斐閣、1974 年）420 頁をあげることができる。
- 6 この論点に関する研究として、松塚晋輔『民営化の責任論』（成文堂、2003 年）13-35 頁（ただし憲法 36 条についての言及はない）。
- 7 判例と先行研究をまとめたものとして、拙稿「刑事施設医療と憲法 36 条の残虐な刑罰の禁止に関する研究序説」龍谷大学矯正・保護総合センター研究年報 2 号（2012 年）参照。
- 8 刑集 2 巻 7 号 777 頁。
- 9 法学協会編『註解日本国憲法上巻』（有斐閣、1953

- 年) 636 頁, 芦部信喜編『憲法Ⅲ人権 (2)』(有斐閣, 1981 年) 269 頁(杉原泰雄担当箇所)。
- 10 杉原泰雄「刑罰権の実体的限界」芦部信喜編『憲法Ⅲ人権 (2)』(有斐閣, 1981 年) 269 頁。
- 11 野中俊彦他『憲法Ⅰ [第 5 版]』(有斐閣, 2012 年) 437 頁(高橋和之担当箇所)。
- 12 井上達夫による「「残虐」とは 絞首刑への問い」(塩倉裕)『朝日新聞』2011 年 11 月 8 日夕刊) 内での批判。
- 13 刑集 2 巻 3 号 191 頁。
- 14 平成 5 年 9 月 21 日最高裁判決(公式判例集未登載)において, 大野裁判官は補足意見において, 「四五年間にその基礎にある立法的事実に重大な変化が生じていることに注目し, 「多くの文化国家においては, 国家が刑罰として国民の生命を奪う死刑が次第に人間の尊厳にふさわしくない制度と評価される」と残虐性の判断基準の一つである「人道上の見地」から死刑が許容できないとしながらも, 「死刑に対する我が国民の意識は, この四〇年近くほとんど変化が見られず, 一貫して大多数が死刑の存置を支持していることを示している」と, 「国民感情」の点から依然肯定されると解している。大野補足意見の検討については, 平川宗信「大野補足意見と死刑廃止論」法学教室 160 号(1994 年) 114 頁参照のこと。
- 15 なお, 絞首刑の残虐性について批判した近年の研究として, 石塚伸一他「死刑は残虐である—「此花パチンコ店放火事件」傍聴記—」龍谷法学 45 巻 1 号(2012 年), 土本武司「絞首刑の法的根拠と残虐性」判例時報 2143 号(2012 年)。
- 16 長谷部恭男『憲法 [第 5 版]』(新世社, 2011 年) 258 頁。
- 17 拙稿「刑事施設医療と憲法 36 条の残虐な刑罰の禁止に関する研究序説」龍谷大学矯正・保護総合センター研究年報 2 号(2012 年) 146 頁。
- 18 平川宗信「死刑制度と憲法理念 (上)」ジュリスト 1100 号(1996 年) 64, 67 頁。
- 19 清宮四郎『全訂憲法要論』(法文社, 1961 年) 130 頁, 宮澤俊義他編『全訂日本国憲法』(日本評論社, 1979 年) 311 頁, 伊藤公一『憲法概要 [改訂版]』(法律文化社, 1983 年) 89 頁, 樋口陽一他編『注釈日本国憲法上巻』(青林書院, 1984 年) 767 頁(佐藤幸治担当箇所), 佐藤幸治編『要説コンメンタール日本国憲法』(三省堂, 1991 年) 209 頁(松井茂記担当箇所), 伊藤正己『憲法 [第 3 版]』(弘文堂, 1995 年) 344 頁, 佐藤幸治『憲法 [第 3 版]』(青林書院, 1995 年) 598 頁, 樋口陽一他編『憲法Ⅱ [第 21 条～第 40 条]』(青林書院, 1997 年) 339 頁(佐藤幸治担当箇所), 初宿正典『憲法 2 基本権 [第 3 版]』(成文堂, 2010 年) 392 頁, 吉田善明『日本国憲法論第 3 版』(三省堂, 2003 年) 401 頁。
- 20 杉原泰雄「刑罰権の実体的限界」芦部信喜編『憲法Ⅲ人権 (2)』(有斐閣, 1981 年) 269 頁, 273 頁。
- 21 本文で取上げた文献以外にも, 死刑以外の刑罰の執行方法への 36 条の適用を明示的に肯定する研究として, 奥平康弘他編『憲法 1 《人権の基本問題Ⅰ》』(有斐閣, 1976 年) 114, 115 頁(江橋崇担当箇所), 樋口陽一他編『注釈日本国憲法上巻』(青林書院, 1984 年) 767 頁(佐藤幸治担当箇所), 佐藤幸治編『憲法Ⅱ基本的人権』(成文堂, 1988 年) 372 頁(高橋正俊担当箇所), 樋口陽一他編『憲法Ⅱ [第 21 条～第 40 条]』(青林書院, 1997 年) 339 頁(佐藤幸治担当箇所), 芹沢齊他編『別冊法学セミナー新基本法コンメンタール憲法』(日本評論社, 2011 年) 278 頁(齊藤正彰担当箇所) など。
- 22 法学協会編『註解日本国憲法上巻』(有斐閣, 1953 年) 636 頁。
- 23 小林直樹『〔新版〕憲法講義 (上)』(東京大学出版会, 1980 年) 486 頁。
- 24 樋口陽一他編『注釈日本国憲法上巻』(青林書院, 1984 年) 768 頁(佐藤幸治担当箇所)。
- 25 憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』(日本評論社, 1997 年) 349 頁(幣原廣担当箇所)。
- 26 渋谷秀樹『憲法 第 2 版』(有斐閣, 2013 年) 263 頁。
- 27 本稿では, Lexis AS ONE (<http://www.lexis-asone.jp/home/Index.aspx>) と Westlaw Japan (<https://go.westlawjapan.com/wljp/app/welcome?notifyAtSignOn=true>) を用いて検索を行った。なお当然, 刑事施設内における処遇に関する訴訟は憲法 36 条に基づかない訴訟も多く存在する。本稿の主眼が, この点において憲法 36 条がいかに用いられてきたかを考察するものであるから, 憲法 36 条に言及のないものは検討の対象としていない。
- 28 ただし, 死刑囚を長期間拘置した後に死刑を執行することの残虐性を争った事例(いわゆる帝銀事件の平沢貞通氏の事例)は, 「死刑の執行行為に必然的に付随する前置手続であって, 死刑の執行に至るまで継続すべきものとして法定されている」という死刑制度の特徴から結論を導いているので本稿では取上げなかった。平成 4 年 7 月 14 日最高裁判決(損害賠償請求上告事件, 判例タイムズ 799 号(1993 年) 139

- 頁)。
- 29 本文で取上げた以外にも、この類型に属する判例として、昭和58年6月10日大阪地裁判決(軽屏禁罰処分取消等請求事件、判例タイムズ534号(1984年)181頁参照)、昭和60年5月31日大阪地裁判決(運動停止処分取消等請求事件、判例タイムズ568号(1986年)65頁参照)、昭和63年9月29日高松高裁判決(損害賠償請求控訴事件、判例タイムズ698号(1989年)217頁参照)、平成元年2月23日東京地裁判決(損害賠償請求事件、判例タイムズ713号(1990年)136頁参照)、平成2年12月20日福岡高裁判決(損害賠償請求控訴事件、訟務月報37巻7号1137頁参照)がある。ちなみに平成2年12月20日福岡高裁判決の原審(昭和60年5月22日長崎地裁判決、私本閲覧不許可処分取消請求事件、損害賠償請求事件)、上告審(平成5年9月10日最高裁判決、損害賠償請求事件)ともに憲法36条には言及していないので本稿では取上げなかった。
- 30 本文であげた判例以外にも、この類型に属する判例として、昭和56年1月26日東京地裁判決(損害賠償請求事件)がある。判例タイムズ第452号(1981年)132頁参照のこと。
- 31 本文であげた判例以外にも、この類型に属する判例として、昭和46年3月24日広島地裁判決(図書閲覧冊数制限処分等取消請求事件、判例タイムズ264号(1971年)295頁参照)、昭和47年12月25日横浜地裁判決(軽屏禁等処分取消等請求(訴え変更後損害賠償請求)事件、訟務月報19巻2号35頁参照)、平成20年9月19日名古屋地裁判決(損害賠償請求事件)がある。
- 32 判例時報1224号(1987年)110頁参照のこと。なお前掲注29の昭和63年9月29日高松高裁判決は本判決の控訴審判決である。
- 33 本文で取上げた以外にも、平成12年5月12日東京地裁判決(病院移送等請求事件)がある。同判決も他の判決と同様に全く憲法上の論点に触れることなく原告の訴えを退けている(一部却下、一部棄却)。
- 34 解説として判例タイムズ1155号(2004年)131頁など。なお本判決は控訴、上告されているが、いずれも憲法36条に言及していないので本稿では取上げなかった。
- 35 従来「保護房」の語が使われてきたが、刑事施設被収容者処遇法79条が「保護室」の語を用いているので、本稿では判例中の引用を除いて「保護室」の語を用いる。
- 36 「横浜地方裁判所昭和57年(ワ)第2925号、損害賠償請求事件」判例タイムズ658号(1988年)177頁。
- 37 「速報 刑務所に拘留中の被告人に対する両手後ろの方法による革手錠及び金属手錠の使用が違法であるとして国の国家賠償責任が認められた事例(東京高裁平10・1・21判決)」判例タイムズ980号(1998年)292頁。
- 38 本事例については、上告審判決(平成20年4月15日最高裁判決)も存在するが、憲法36条の論点については言及がないので取上げなかった。控訴審の解説については、「判決録 民事 弁護士会と担当弁護士が、刑務所内での受刑者の人権侵害行為の有無を調査するための受刑者との面会を不当に拒まれたとして、国を相手に起こした損害賠償請求事件において、面会を不許可とした刑務所長の判断には裁量権の逸脱、濫用の違法があるとしてその請求が認容された事例(広島高判17・10・26)」判例時報1928号(2006年)64-78頁。
- 39 前掲注12参照。
- 40 Estelle v. Gamble, 429 U.S. 97 (1976)。
- 41 「意図的な無関心」の基準に対する学説の反応に関しては、拙稿「刑事施設医療と憲法36条の残虐な刑罰の禁止に関する研究序説」龍谷大学矯正・保護総合センター研究年報2号(2012年)143頁以下参照。

参考文献(五十音順)

- 芦部信喜編『憲法Ⅲ人権(2)』有斐閣 1981年
阿部照哉『憲法〔改訂〕』青林書院 1991年
石塚伸一他「死刑は残虐である―「此花パチンコ店放火事件」傍聴記―」龍谷法学45巻1号 2012年
市川秀雄「無期刑と日本国憲法」法学新報第59巻3号 1952年
伊藤公一『憲法概要〔改訂版〕』法律文化社 1983年
伊藤正己『憲法入門』有斐閣 1966年
伊藤正己『憲法〔第3版〕』弘文堂 1995年
大石義雄『増補 憲法逐条講義』嵯峨野書院 1981年
荻野太司「刑事施設医療と憲法36条の残虐な刑罰の禁止に関する研究序説」龍谷大学矯正・保護総合センター研究年報2号 2012年
奥平康弘他編『憲法1《人権の基本問題I》』有斐閣 1976年
清宮四郎『全訂憲法要論』法文社 1961年
草野豹一郎「無期懲役刑の合憲性」刑法雑誌第2巻1号 1951年
憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』日本評論社

1997 年
 小林直樹『〔新版〕憲法講義（上）』東京大学出版会
 1980 年
 佐藤幸治編『憲法Ⅱ基本的人権』成文堂 1988 年
 佐藤幸治編『要説コンメンタール日本国憲法』三省堂
 1991 年
 佐藤幸治『憲法〔第 3 版〕』青林書院 1995 年
 佐藤幸治『日本国憲法論』成文堂 2011 年
 佐藤元治「刑事拘禁における拷問および残虐，非人道的
 処遇等の禁止・防止」法律時報 84 卷 5 号 2012 年
 渋谷秀樹『憲法 第 2 版』有斐閣 2013 年
 初宿正典『憲法 2 基本権〔第 3 版〕』成文堂 2010 年
 芹沢齊他編『別冊法学セミナー新基本法コンメンタール
 憲法』日本評論社 2011 年
 土本武司「絞首刑の法的根拠と残虐性」判例時報 2143 号
 2012 年
 野中俊彦他『憲法Ⅰ〔第 5 版〕』有斐閣 2012 年
 長谷部恭男『憲法〔第 5 版〕』新世社 2011 年
 樋口陽一他編『注釈日本国憲法上巻』青林書院 1984 年
 樋口陽一他編『憲法Ⅱ〔第 21 条～第 40 条〕』青林書院
 1997 年
 平川宗信「大野補足意見と死刑廃止論」法学教室 160 号
 1994 年
 平川宗信「死刑制度と憲法理念（上）」ジュリスト 1100
 号 1996 年
 法学協会編『註解日本国憲法上巻』有斐閣 1953 年
 松塚晋輔『民営化の責任論』成文堂 2003 年
 宮澤俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』有斐閣 1974 年
 宮澤俊義他編『全訂日本国憲法』日本評論社 1979 年
 吉田善明『日本国憲法論第 3 版』三省堂 2003 年

（おぎの ひろし 福祉社会学科）